

Privaatrecht Actueel

De nieuwe draagplichtregel van art. 1:100 lid 2 BW is te eng

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (nuytinck@kabelfoon.nl)

Tekst voor omslag van WPNR

De auteur behandelt de nieuwe draagplichtregel ter zake van gemeenschapsschulden en bepleit een ruimere toepassing hiervan, namelijk ook vóór ontbinding van de gemeenschap en ook als er geen tekort is.

Zoals de lezers van dit weekblad bekend zal zijn, is op 1 januari 2018 de vierde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht ingevoerd, de wet met de niet-officiële citeertitel ‘Wet beperking omvang wettelijke gemeenschap van goederen’.¹ De wetgever heeft niet alleen de omvang van de wettelijke gemeenschap beperkt door de aanbrengsten ten huwelijk (met uitzondering van de voorhuwelijkse eenvoudige gemeenschap), de erfrechtelijke verkrijgingen en de giften buiten de wettelijke gemeenschap te situeren (art. 1:94 lid 2 BW), maar ook een nieuwe draagplichtregel opgenomen in afdeling 1.7.3 BW betreffende de ontbinding van de gemeenschap. Art. 1:100 lid 2 BW bepaalt namelijk het volgende.

‘Voor zover bij de ontbinding van de gemeenschap de goederen van de gemeenschap niet toereikend zijn om de schulden van de gemeenschap te voldoen, worden deze gedragen door beide echtgenoten ieder voor een gelijk deel, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, mede in verband met de aard van de schulden, een andere draagplicht voortvloeit.’

Hiermee heeft de wetgever *de facto* opnieuw de in 2012 afgeschafte gemeenschap van winst en verlies gecodificeerd. Het gaat om art. 1:128 BW (oud): wanneer bij huwelijkse voorwaarden was overeengekomen dat er gemeenschap van winst en verlies zou bestaan, waren de voor de gemeenschap van vruchten en inkomsten geschreven art. 1:124-126 BW (oud) – dus niet tevens art. 1:127 BW (oud) – van overeenkomstige toepassing, voor zover daarvan niet uitdrukkelijk of door de aard der bedingen was afgeweken. Volgens laatstgenoemd artikel werden gemeenschapsschulden, voor zover deze de (waarde van de) gemeenschapsgoederen overtroffen bij de ontbinding van de gemeenschap van vruchten en inkomsten, gedragen door de veroorzaker van deze schulden, dus de echtgenoot van wiens zijde deze schulden in de gemeenschap waren gevallen, voor zover de aard van de schulden niet tot een andere draagplicht leidde. Bij de gemeenschap van winst en verlies gold deze

¹ Wet van 24 april 2017, *Stb.* 2017, 177, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken. Zie voor de vele commentaren op deze wet in de verschillende stadia van haar totstandkoming de auteurs, genoemd door A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2018/75, voetnoot 5 (hierna: Nuytinck 2018).

regel van art. 1:127 BW (oud) niet en werden de gemeenschapsschulden in geval van een tekort derhalve door de beide echtgenoten voor gelijke delen gedragen,² dus precies zoals nu het geval is op grond van art. 1:100 lid 2 BW. Het verschil tussen de oude gemeenschap van winst en verlies en de huidige wettelijke gemeenschap is de aan het slot van laatstgenoemde bepaling toegevoegde tenzij-clausule of ontsnappingsclausule: uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan, mede in verband met de aard van de schulden, een andere draagplicht voortvloeien.

Opvallend is dat de wetgever voor toepassing van de uitzondering op de hoofdregel van de draagplicht voor gelijke delen ter zake van gemeenschapsschulden niet vereist dat toepassing van deze hoofdregel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, zoals hij dit bijvoorbeeld wél vereist in art. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW. Voor toepassing van de uitzondering op de hoofdregel is voldoende dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, mede in verband met de aard van de schulden, een andere draagplicht voortvloeit. De redactie van art. 1:100 lid 2 BW is op dit punt in overeenstemming met die van art. 1:141 lid 3 eerste volzin BW: het wettelijk bewijsvermoeden in geval van een periodiek verrekenbeding, dat inhoudt dat alles tot het te verrekenen vermogen behoort, is in beginsel van toepassing, ‘tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit’.³ Een soortgelijke redactie treft men o.a. ook aan bij de schenkingsovereenkomst in art. 7:176 BW (‘tenzij [...] deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn’) en in de algemene bepaling van bewijsrecht – *actori incumbit probatio* (kort gezegd: wie beweert moet bewijzen) – in art. 150 Rv (‘tenzij [...] uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit’). In al deze vier gevallen is het onaanvaardbaarheidsvereiste dus niet aan de orde.⁴

Naar oud recht, dus het recht dat heeft gegolden tot 1 januari 2018, kon naar mijn mening ook worden afgeweken van de hoofdregel van de draagplicht voor gelijke delen ter zake van gemeenschapsschulden, maar toen alleen als toepassing van deze hoofdregel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* was (vgl. art. 6:2 lid 2 BW).

Zelf vind ik dat de nieuwe draagplichtregel van art. 1:100 lid 2 BW te eng is geformuleerd. Ik ben van oordeel dat deze regel ook vóór ontbinding van de gemeenschap zou moeten gelden en hiernaast ook als er geen tekort is, dus als de gemeenschapspassiva de gemeenschapsactiva niet overtreffen. Waarom ben ik deze mening toegedaan? Mijn visie heeft alles te maken met de problematiek van de verknochtheid in de zin van art. 1:94 lid 5 BW. Juist omdat de inhoud van de verknochtheidsregel sinds 2018 niet is gewijzigd (de regel is slechts intern verhuisd van het oude lid 3 naar het huidige lid 5 van laatstgenoemd artikel) en ook omdat de Hoge Raad zeer terughoudend is met het aannemen van een bijzondere wijze van verknochtheid,

² Zie Nuytinck 2018/129.

³ Zie hierover HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:161 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), NJ 2017/81 (*bewijsvermoeden bij afwikkeling niet uitgevoerd periodiek verrekenbeding*); vgl. ook Nuytinck 2018/135.

⁴ Zie E.M.J.M.C. van Wijk-Verhagen, *Redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Wonderolie van flexibiliteit of gif van rechtsonzekerheid?* (diss. Utrecht, Reeks Familie & Recht deel 18), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 275-279 en 364, die de wetgever aanbeveelt in art. 1:141 lid 3 BW *eisen te veranderen in maatstaven* (aanbeveling 4).

waardoor de meeste schulden geen privéschulden, maar gemeenschapsschulden zijn, terwijl niet valt te verwachten dat de Hoge Raad op korte termijn zal terugkomen op zijn constante jurisprudentie hierover, vind ik het van groot belang dat op grond van redelijkheid en billijkheid (dus niet: *onaanvaardbaarheid*) kan worden afgeweken van de draagplicht voor gelijke delen. De aard van de schulden is hierbij van groot belang. Men denke bijvoorbeeld aan gokschulden die een echtgenoot tijdens het bestaan van de huwelijksgemeenschap is aangegaan, en voorts aan schulden uit een bankkrediet dat een echtgenoot tijdens het bestaan van de huwelijksgemeenschap heeft verkregen en aan de andere echtgenoot heeft verzwegen.⁵ Bij dit type schulden lijkt het mij goed verdedigbaar dat de draagplicht zeer sterk afwijkt van de hoofdregel, in het uiterste geval zelfs een draagplicht van 100% voor de ene echtgenoot die de desbetreffende schuld heeft veroorzaakt, en dus een draagplicht van 0% voor de andere echtgenoot. Ook in andere gevallen komt in de wet een dergelijke draagplicht (100%-0%) voor. De bekendste voorbeelden zijn art. 6:170 lid 3 eerste volzin BW, op grond waarvan de werkgever voor 100% en de werknemer voor 0% draagplichtig is ter zake van schadevergoeding voor een door de werknemer jegens een derde gemaakte fout (d.w.z. een toerekenbare onrechtmatige daad; zie art. 6:170 lid 1 i.v.m. art. 6:162 BW), behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, alsmede art. 7:866 lid 1 BW, op grond waarvan de borg voor 0% en de hoofdschuldenaar voor 100% draagplichtig is ter zake van het gehele bedrag dat de borg aan hoofdsom, rente en kosten aan de schuldeiser heeft moeten voldoen.

Mijn opvatting leidt ertoe dat de draagplichtregel moet verhuizen van art. 1:100 lid 2 BW naar art. 1:96 lid 4 derde volzin BW (nieuw) betreffende de draagplicht voor gemeenschapsschulden, in welk lid de zogenaamde ‘reprise’ is geregeld, het recht van de echtgenoot uit wiens eigen goederen een schuld van de gemeenschap is voldaan, op vergoeding uit de goederen van de gemeenschap. Uit art. 1:96 lid 4 BW blijkt dus dat de draagplicht ter zake van gemeenschapsschulden in beginsel op de beide echtgenoten voor gelijke delen rust. Daarom is dit de beste plaats om de door mij gewenste uitzondering op de draagplichtregel op te nemen. Zijn redactie behoort dan te luiden als volgt.

‘Schulden van de gemeenschap worden gedragen door beide echtgenoten ieder voor een gelijk deel, tenzij uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, mede in verband met de aard van de schulden, een andere draagplicht voortvloeit.’

Aldus heb ik de bijzin ‘Voor zover [...] te voldoen’ uit art. 1:100 lid 2 BW geëlimineerd, zodat de nieuwe draagplichtregel ook geldt vóór ontbinding van de gemeenschap blijkens zijn verhuizing naar art. 1:96 lid 4 derde volzin BW (nieuw) als één van de algemene bepalingen van afdeling 1.7.1 BW, en ook als er geen tekort is. Op naar de vijfde tranche!

⁵ Zie daarover onder het oude recht HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1749 (concl. A-G J. Wuisman), NJ 2012/407, m.nt. S.F.M. Wortmann (*voorhuwelijks bankkrediet niet verknocht*) en Nuytinck 2018/115. Naar geldend recht zou een voorhuwelijks bankkrediet overigens een privéschuld opleveren, omdat er dan sprake is van een ten huwelijk aangebrachte schuld, dus geen tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schuld, die op grond van art. 1:94 lid 7 aanhef BW behoort tot het privévermogen van de echtgenoot die het bankkrediet heeft verkregen. Uiteraard is deze echtgenoot dan ook voor 100% draagplichtig ter zake van deze privéschuld op grond van art. 1:96 lid 5 BW.